

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND
DEVELOPMENT

UNCTAD

MULTI-YEAR EXPERT MEETING ON
SERVICES, DEVELOPMENT AND TRADE:
THE REGULATORY AND INSTITUTIONAL DIMENSION

Geneva, 23-24 February 2012

PRESENTACION DEL PERU

Mr. Julio Baltazar Durand Carrión

Miembro del Consejo Directivo de la Superintendencia Nacional de Servicios de
Saneamiento, SUNASS

Lima, Perú

United Nations Conference on Trade and Development

Multi-Year Expert Meeting on Services, Development and Trade: the Regulatory and Institutional Dimension

Geneva, Suiza. February 2012.

Dr. Julio Baltazar Durand Carrión

Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de postgrado en Derecho de la Competencia en la Escuela Iberoamericana de Defensa de la Competencia del TDC de España, Propiedad Intelectual en la Universidad de Buenos Aires- Argentina y Derecho Internacional en la Organización de Estados Americanos OEA en Río de Janeiro- Brasil, y Ambiente y Empresa en el Washington College of Law, American University USA. Es Miembro del Consejo Directivo de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento SUNASS y Director de Competencia y Propiedad Intelectual del Grupo Verona SAC, Lima Perú. Es Profesor de la Facultad de Derecho y Escuela de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad San Martín de Porres y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Introducción

Este documento ha sido desarrollado sobre la base de la tesis de una nueva cosmovisión del servicio público para el bienestar de los peruanos, en un mundo globalizado como el de hoy, lleno de presiones crecientes y extendidas, cuyos retos y desafíos debe asumir el Estado Peruano para cumplir sus objetivos de desarrollo económico, inclusión social, fortalecimiento de capacidades, mejoramiento de la infraestructura y lucha contra la pobreza, entre otros.

En este sentido planteamos los siguientes temas

- Retos y desafíos en el desarrollo de los servicios públicos y los sectores de infraestructura para promover el comercio, el crecimiento y el desarrollo.
- Las políticas públicas claves en relación con los sectores de infraestructura, servicios de telecomunicaciones, transporte, suministro de energía en el Perú.
- La asociación público-privada y su funcionamiento en los servicios públicos y sectores de infraestructura.
- La relación funcional entre las autoridades de competencia y los organismos reguladores sectoriales con el fin de proteger la competencia, el interés del consumidor y el acceso universal

1. Retos y desafíos en el desarrollo de los servicios públicos y la infraestructura para promover el comercio, el crecimiento y el desarrollo.

En el Perú, estudios recientes estiman que la brecha de inversión en infraestructura de servicios públicos es de aproximadamente US\$38 mil millones de dólares siendo ese el principal reto para alcanzar el desarrollo de los servicios públicos, a partir de los cuales se cuenta con mejores condiciones para impulsar el desarrollo de los sectores

productivos y del comercio, así como el crecimiento económico del país. Para ello, el Estado Peruano debe realizar reformas que permitan adecuar su marco legal e institucional a fin de facilitar las inversiones en infraestructura, tanto pública como privada, garantizando que la misma pueda contar con un clima favorable.

Tabla 2. Brecha de inversión en infraestructura al 2005 y al 2008
(en millones de US\$)

Sector	Brecha 2005	Brecha 2008
Transportes	7,684	13,961
Aeropuertos	143	571
Puertos*	695	3,600
Ferrocarriles*	17	2,415
Redes viales	6,829	7,375
Saneamiento	4,619	6,306
Agua potable	2,233	2,667
Alcantarillado	1,780	2,101
Tratamiento de aguas residuales	606	1,538
Electricidad	5,523	8,326
Generación	3,979	5,183
Transmisión*	228	1,072
Cobertura*	1,316	2,071
Gas natural*	420	3,721
Telecomunicaciones*	4,633	5,446
Telefonía fija*	1,184	1,344
Telefonía móvil*	3,449	4,102
Total	22,879	37,760

*Sectores con metodología de cálculo comparable con el estudio anterior. Nótese que aunque la metodología es comparable, las metas fijadas aumentan en todos los casos, lo cual explica el aumento en la brecha de infraestructura estimada.
Véase nota de la Tabla 1.

Fuente: Instituto Peruano de Economía

Asimismo, el Estado Peruano tiene el importante reto de mantener un ritmo de crecimiento económico que le permita desarrollar programas de alivio de la pobreza, considerando que aproximadamente un 35% de la población es pobre y constituye una fuente permanente de demandas sociales, situación que hace más relevante la necesidad de desarrollar los servicios públicos por el impacto que se genera en la calidad de vida de la población. Un ejemplo de dicho impacto es el desarrollo de la infraestructura de transporte urbano para la ciudad de Lima, donde se concentra aproximadamente el 30% de la población total del país, donde se han realizado inversiones en sistemas de transporte masivo, como el Metro, mediante el cual los usuarios de dicho sistema pueden movilizarse entre dos puntos de la ciudad en 2 horas menos en promedio por día de lo que realizaban antes de contar con dicha infraestructura, lo cual representa una mayor disponibilidad de tiempo para ser destinada a otras actividades productivas o recreativas y por ende permite una mejoría en el bienestar de las familias.

En lo que a las instituciones públicas se refiere, el desafío principal para los organismos reguladores peruanos es implementar medidas y políticas que permitan lograr el objetivo de ampliación de la cobertura de los servicios públicos que regulan, asegurando niveles de calidad mínimos a tarifas justas. Cabe señalar, que los organismos reguladores tienen además que cumplir una función de protección de los derechos de los consumidores, es decir los usuarios de los servicios públicos, para lo cual cuentan con instrumentos que limitan o restringen posiciones de abuso por parte de las empresas que brindan los servicios.

En lo que respecta a la población que no tiene servicios públicos como el de agua potable y saneamiento es categorizada como pobre extremo por el Sistema de Focalización de Hogares -SISFOH- del Ministerio de Economía y Finanzas. Las inversiones en tendido de redes subterráneas, como las de agua potable y saneamiento, gas natural; entre las principales, son elevadas y por lo tanto las tarifas a cobrar también, el desafío de los ministerios y organismos reguladores es diseñar mecanismos que permitan financiar esta importante inversión teniendo como restricción el bajo poder adquisitivo de este segmento de población extremadamente pobre y con escasa o mínima capacidad de pago que permita recuperar los costos de inversión.

En lo que respecta al sector saneamiento, la inversión que necesitan las empresas prestadoras para construir o ampliar plantas de tratamiento de agua potable, plantas de tratamiento de aguas residuales, renovar o instalar redes o conexiones, entre otros, se realizan a través de Programas Sociales que se financian con recursos públicos dichas inversiones como el Programa Agua Para Todos, transferencias del gobierno regional, provincial y/o distrital, utilización del canon y regalías mineras (también pueden ser otros cánones y/o regalías; pero estos son menos significativos), inversiones por parte de las propias empresas con los recursos recaudados a través de las tarifas aplicando un mecanismo de subsidios cruzados, entre las principales. En este sector la participación del sector privado a través de mecanismos de participación del sector privado ha sido mínima.

En lo que respecta al canon minero, la Ley N° 27506 señala que este será utilizado exclusivamente para el financiamiento o cofinanciamiento de proyectos u obras de infraestructura de impacto regional y local; mientras que la Ley N° 28258, Ley de Regalía Minera, señala que esta será utilizada exclusivamente para el financiamiento o cofinanciamiento de proyectos de inversión productiva que articulen la minería al desarrollo económico de la región, asegurando el desarrollo sostenible de sus áreas urbanas y rurales.

En el año 2010 la contribución del sector energía y minas por los conceptos anteriores ascendió a S/. 3,961,491,174 nuevos soles, mientras que a junio del año pasado alcanzó los S/. 4,629,513,309 nuevos soles. La Tabla N° 01 muestra la participación de estas contribuciones por regiones. La región que más contribución recibió fue Ancash; sin embargo de acuerdo al Censo Nacional del 2007, el XI de Población y VI de Vivienda,

solo el 69% de las viviendas de esa región cuenta con agua potable, el caso más resaltante es el de la región Cajamarca, el año pasado fue la segunda región que recibió mayor contribución; sin embargo solo el 57% de sus viviendas cuenta con agua potable.

De este modo, existen los recursos financieros para construir infraestructuras de saneamiento y dárselas a las empresas prestadoras para su operación y mantenimiento reduciendo de esta manera el impacto de esta inversión en la tarifa del usuario pobre y pobre extremo. Sin embargo, no se han hecho obras en esta materia, lo que evidencia que hay una falta de capacidad de gestión de parte de las autoridades regionales y locales para ejecutar obras de alcance social amplio. Por ello, el reto del Estado Peruano en esta materia, es fortalecer la capacidad de gestión de los gobiernos regionales, para contar con los recursos humanos y técnicos que les permita sumir la tarea de ejecución con suficiencia técnica y coherencia sistémica.

Tabla N° 01

Contribución del sector energía y minas a las regiones

(en nuevos soles)

Departamento	Canon minero	Regalias mineras	Derecho de vigencia	Total	Viendas con agua potable
Ancash	855,464,977	4,475,903	7,838,618	867,779,498	69.50%
Cajamarca	416,618,346	57,549,619	14,955,246	489,123,211	57.60%
La libertad	427,390,779	41,957,065	11,168,979	480,516,823	63.30%
Arequipa	355,039,521	48,429,247	16,819,276	420,288,044	74.30%
Moquegua	262,095,095	95,347,175	5,862,615	363,304,885	71.00%
Tacna	230,559,686	76,318,509	4,777,622	311,655,817	71.10%
Puno	186,719,010	69,221,274	14,131,105	270,071,389	38.50%
Pasco	152,206,541	53,026,107	4,281,986	209,514,634	36.20%
Cusco	105,959,132	19,495,892	7,504,607	132,959,631	63.40%
Lima	73,867,071	36,323,231	9,246,744	119,437,046	81.00%
Junin	64,085,388	36,021,967	5,978,591	106,085,946	60.10%
Ica	69,390,721	12,710,324	3,905,555	86,006,600	73.70%
Ayacucho	34,626,619	14,132,886	7,759,312	56,518,817	53.90%
Huancavelica	6,077,316	12,086,364	5,033,058	23,196,738	32.60%
Apurimac	822,509	152,147	6,513,235	7,487,891	53.70%
Piura	20,789	1,302	5,198,202	5,220,293	59.60%
Huanuco	1,680,584	1,441,225	1,455,739	4,577,548	36.10%
Amazonas	113,136	5,409	2,793,661	2,912,206	41.90%
Madre de Dios	58,431		1,576,137	1,634,568	62.20%
Lambayeque	118,329	25,953	1,486,431	1,630,713	65.80%
San martin	444,987	20,350	922,555	1,387,892	51.70%
Loreto			97,319	97,319	35.10%
Ucayali			43,727	43,727	38.20%
Callao	44		21,800	21,844	72.90%
Tumbes			18,094	18,094	69.10%

Fuente: Ministerio de Energía y Minas, a diciembre del 2010.

Elaboración propia

Otra manera de financiar la inversión en infraestructura de saneamiento es a través de programas sociales. El programa social Agua Para Todos se creó mediante Decreto Supremo N° 006-2007-VIVIENDA, y de acuerdo al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento; a enero del presente año, se han ejecutado 2,216 proyectos de saneamiento a nivel nacional, tanto en el ámbito urbano como rural¹, significando una inversión de S/. 5,478,795,186 nuevos soles.

¹ Los proyectos de saneamiento en el ámbito rural fueron el 25 por ciento del total, realizándose a través del Programa Nacional de Agua y Saneamiento Rural (Pronasar).

En la Tabla N° 02 se muestran los proyectos ejecutados por regiones, a través del Programa Nacional de Agua y Saneamiento Rural y en Sedapal. Vivien Foster² señala que un buen programa social debe responder a una necesidad real (el 25% de las viviendas no cuenta con servicios de saneamiento), su costo de administración debe ser bajo; y debe estar bien focalizado. Sobre este último punto debemos señalar que el 38% de la inversión total del programa se ejecutó en la Región Lima y en Sedapal, contradictoriamente en una región que cuenta con un 73% de cobertura del servicio de agua potable comparado con otras regiones como Huancavelica y Puno que tienen una cobertura de 21% y 25% respectivamente. Esta situación paradójica evidencia una falta de coherencia y de visión en algunos casos, y más aún de enfoque sistémico en la planificación u programación de las obras de infraestructura, generándose conflictos sociales que es preciso evitar .

En este aspecto, se recomienda que a futuro, el gobierno deba implementar programas sociales relacionados con los servicios de saneamiento priorizando los recursos en las regiones donde la cobertura de servicios de saneamiento y la capacidad de pago de la población son significativamente bajas. Esta es una nueva cosmovisión de los servicios públicos de alcance social amplio, eso es dar significado existencial a la gente, es decir hacer sentir gente a la gente, eso es inclusión social en nuestra opinión.

Tabla N° 02

Proyectos e Inversión ejecutada en el programa Agua Para Todos

(Agosto 2007 - Enero 2011)

	Proyectos	Inversión	Viviendas con agua potable
Sedapal	177	2,104,797,428	73.48%
Región Lima	323		
Región Piura	178	464,078,320	53.50%
Región Junín	172	256,915,316	50.92%
Región Ayacucho	152		40.34%
Región Ica	151		64.08%
Región Huanuco	140		27.55%
Región Puno	114		25.12%
Región Huancavelica	109		21.72%
Región Lambayeque	98		59.78%
Región Moquegua	8		58.71%
Pronasar	594		
	2,216	5,478,795,186	

Fuente: Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento

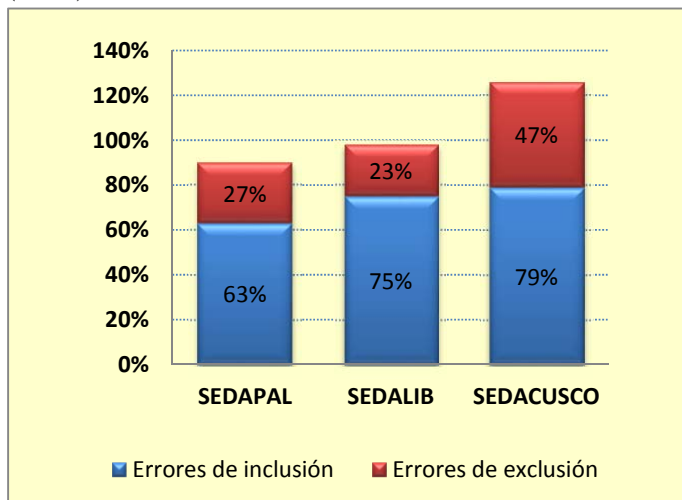
Elaboración propia

² Hacia una Política Social para los Sectores de Infraestructura en Argentina. Documento de Trabajo N.10/03, Diciembre 2003, Banco Mundial.

La última alternativa mencionada es la de los subsidios cruzados. En la actualidad el criterio de los subsidios cruzados es por el volumen consumido; es decir, los usuarios que consumen mayores volúmenes de agua potable pagan una tarifa mayor que aquellos que consumen un menor volumen, este criterio tiene como fin el racionalizar el consumo excesivo; sin embargo este enfoque de subsidio cruzado no considera criterios socioeconómicos, esto conlleva a que muchas familias pobres y pobre extremas que viven hacinadas paguen una tarifa mayor que la de usuarios no pobres. Lo anterior ha generado grandes errores de inclusión (usuarios beneficiarios que no deberían recibir el subsidio) y exclusión (usuarios que deberían recibir el subsidio pero que no lo reciben). Por ejemplo un estudio de la consultora CETI analizó los consumos de agua potable durante el 2008 y estimó los errores antes mencionados para tres (03) empresas prestadoras. Tal como se muestra en el gráfico siguiente, los errores de inclusión son mayores al 50%.

Gráfico N° 01

Errores de Inclusión y Exclusión en los subsidios cruzados (2008)



Fuente: CETI (2009)

Elaboración Propia

Todo lo expuesto hace necesario la inclusión de variables socioeconómicas en la determinación de los usuarios subsidiantes y subsidiados. Esta información puede ser suministrada por la Encuesta Nacional de Hogares -ENAH- del Instituto Nacional de Estadística e Informática -INEI- o por el Sistema de Focalización de Hogares -SISFOH- del Ministerio de Economía y Finanzas, quienes cuentan con información socioeconómica a nivel de vivienda en los sectores D y E. De esta manera los usuarios No pobres pagarían una tarifa por encima de la tarifa media (aportarían en mayor medida a cubrir la inversión), mientras que los usuarios Pobres y Pobres extremos pagarían una tarifa por debajo de la tarifa media, sentirían en menor medida el impacto de la fijación tarifaria. La Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento

(SUNASS) ya ha dado un paso importante en esta materia y su Consejo Directivo ha aprobado el año 2011 una Directiva de Subsidios más innovadora y que toma en cuenta los criterios señalados anteriormente, basado en el Sistema de Focalización de Hogares - SISFOH- del Ministerio de Economía y Finanzas

El Acceso al agua está considerado como un derecho humano, por lo tanto necesita de acciones concretas del Estado para que todos los peruanos tengamos un acceso digno a este derecho. En el día mundial del agua, no solo debe preocuparnos el tener agua o la falta de agua, sino fundamentalmente la conservación de las fuentes de abastecimiento del recurso hídrico, lo que implica una política medioambiental coherente, más allá de las discusiones mediáticas como las desarrolladas en el caso del Proyecto Minero Conga en Cajamarca, donde existe un serio conflicto social desde inicios del año 2012 y donde hay hasta ahora una serie de marchas y contramarchas sobre el tema de si va o no va el proyecto

Es necesario crear mecanismos inteligentes para las inversiones en agua y saneamiento y proponer formulas que tengan suficiencia técnica, que tengan precisión normativa y sobre todo coherencia sistémica, que sea capaz de tomar en consideración todos los aspectos sociales, políticos económicos e incluso culturales que están inmersos en toda política pública para dotar de agua a los peruanos. En este sentido creemos que a futuro, el gobierno deba implementar programas sociales relacionados con los servicios de saneamiento priorizando los recursos en las regiones donde la cobertura de servicios de saneamiento y la capacidad de pago de la población son significativamente bajas. Esta es una nueva cosmovisión de los servicios públicos de alcance social amplio, eso es dar significado existencial a la gente, es decir hacer sentir gente a la gente, eso es inclusión social en nuestra opinión.

Finalmente, existen otros retos y desafíos del Estado Peruano debe asumir con suficiencia técnica, precisión normativa y coherencia sistémica, tales como el manejo del riesgo fiscal, el desembolso de los recursos públicos, el mejoramiento de la infraestructura, el régimen legal de las concesiones, las asociaciones público privadas, y los conflictos sociales y medioambientales, entre otros. Todo ello enfocado a crear las condiciones de prestación de servicios en condiciones más competitivas para promover el comercio, el crecimiento y el desarrollo

2. ¿Cuáles son las políticas claves (por ejemplo, la planificación sectorial de desarrollo, políticas de inversión y comercio, competencia, protección del consumidor) en relación con los sectores de infraestructura (por ejemplo, telecomunicaciones, transporte, suministro de energía, agua, saneamiento y servicios financieros en el Perú?

Las políticas de planificación sectorial son extremadamente importantes para el desarrollo de los sectores de infraestructura. Este planeamiento debe hacerse

considerando diversas variables dependiendo del sector. Por ejemplo, en electricidad una de las principales variables del análisis debe ser la tasa esperada de crecimiento de la economía, en el caso de la infraestructura portuaria la tasa de crecimiento esperada de las exportaciones, en el caso del sector saneamiento la reducción esperada de la mortalidad infantil o la tasa de crecimiento de la población. En otras palabras, la planificación del desarrollo de los sectores de infraestructura no debe ser un esfuerzo de cada sector por separado, sino un esfuerzo en conjunto con otros sectores de manera que exista consistencia entre los objetivos y la planificación.

Existen importantes aspectos por reformular y consolidar: el Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP) y el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN). El Decreto Ley N° 28522 creó el Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico y el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN) con la finalidad de ***“conducir y organizar la participación de los diversos organismos del sector público, para que junto con el sector privado se formule y realice el monitoreo de los planes y objetivos estratégicos de desarrollo en los niveles nacional, regional y local”***.

El Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP) es un sistema administrativo y no una institución, la institución es el Ministerio de Economía y Finanzas, que a través de un conjunto de principios, métodos, procedimientos y normas técnicas certifica la calidad de los Proyectos de Inversión Pública (PIP). De lo anterior se deduce que son el realidad los ministerios los que proponen el planeamiento sectorial, el CEPLAN solamente es un coordinador al interior del sector público y entre el sector público y el privado; mientras que el SNIP certifica la calidad (eficiencia, sostenibilidad e impacto socio-económico) de los proyectos que les presentan los gobiernos regionales y/o locales.

Para el caso peruano se debería evaluar las ventajas de contar con un sistema más innovador, donde un ministerio se encarga de planear su crecimiento en infraestructuras (no solamente otorga el visto bueno a un proyecto de inversión) sino que coordina dentro del Estado y con los privados, estructura que debería implementarse en el Perú en el largo plazo.

Por otro lado, debe haber una clara política pública de inversiones del Gobierno, especialmente en aquellos sectores, como el sector saneamiento, donde la inversión privada es poco factible o no existe voluntad política para que ingrese. Nuevamente, la planificación del desarrollo de cada sector debe encontrarse acorde con los recursos disponibles para efectuar inversiones. Adicionalmente, se requieren unos criterios transparentes y claros para la asignación de recursos entre proyectos y entre zonas geográficas.

Una deficiencia del actual esquema estatal para inversión en infraestructura es la ausencia de coordinación y monitoreo centralizado de las inversiones que realizan los diferentes niveles de gobierno, debido a la estructura del Estado (compuesta por Gobierno Central, Gobiernos Regionales y Municipalidades), donde el presupuesto se

asigna a las regiones y los municipios sin lineamientos específicos de priorización de inversiones a infraestructura de servicios públicos.

En cuanto a las políticas de competencia es preciso señalar que el desarrollo del mercado interior y su integración en los procesos de negociación multilateral, provocaran importantes reestructuraciones de las empresas, particularmente a través de operaciones de concentración económica entre las cuales la fusión es una de las mas comunes, por ello es necesario valorar estos procesos en principio de forma positiva en la medida que responden a las exigencias de una competencia dinámica y pueden aumentar la competitividad y mejorar las posibilidades de crecimiento interno. No obstante debemos cuidar que las concentraciones económicas no causen un perjuicio duradero a la competencia, de manera que la nueva legislación sobre la materia debe ser el instrumento jurídico específico que garantice el control efectivo sobre las prácticas que afecten la estructura de la competencia en el país. Por lo tanto sería importante revisar la legislación de la materia para estudiar la posibilidad de incluir disposiciones que regulen las concentraciones que puedan eventualmente obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado peruano o en una parte sustancial de éste, toda vez que existen algunos mercados que están demasiados concentrados.

La política de competencia moderna, en casi todos los países que tienen legislación sobre la materia, se articula hoy a lo largo de tres ejes: represión, prevención y fomento. En efecto, la política represiva está referida al llamado control de conductas por el cual se sanciona las conductas anticompetitivas incompatibles con el mercado. La política preventiva, se instrumenta a través del llamado control de estructuras, es decir la facultad de los poderes públicos de examinar los proyectos de fusiones y adquisiciones de empresas. La política de fomento de la competencia, se propicia desde los poderes públicos, mediante la combinación de instrumentos de desregulación, liberalización y privatización, entre otras políticas de apertura de mercados y promoción de la competencia³

Finalmente, en cuanto a las políticas claves del Estado, además de la planificación nacional, tratada anteriormente, es muy importante también el tema de la promoción de las inversiones, la apertura comercial y la ampliación de los mercados interno y externo, las políticas de competencia y protección del consumidor, sin dejar de lado el sostenido proceso de modernización del Estado y el fortalecimiento de las capacidades de los actores de la política pública. Esto a su vez implica un enfoque sistémico en las políticas públicas empezando por el respaldo político, el marco normativo adecuado y la transparencia e institucionalidad de quienes las ejecutan para promover el comercio, el crecimiento y el desarrollo.

³ Pascual y Vicente, Julio. . La Nueva Política Comunitaria Europea de Control de Conductas y su Repercusión en España. Separata de Anuario de la Competencia, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2003

3. ¿Cómo puede una asociación público-privada realizar un performance de trabajo con éxito en los servicios públicos y los sectores de servicios de infraestructura?

Para mejorar el desempeño de las asociaciones público-privadas (APP) es necesario, en primer lugar, fortalecer la capacidad de evaluación de los proyectos por parte de ente correspondiente. En muchos casos, no se realiza una buena evaluación del proyecto o ésta demora mucho tiempo, especialmente en el tema si la tecnología utilizada es costo-eficiente o si existen alternativas más baratas para su ejecución. Adicionalmente, la evaluación es deficiente porque no existe un planeamiento de desarrollo del sector. Estos problemas muchas veces se arrastran hasta la etapa del concurso mismo, donde la falta de información no garantiza competencia ex ante y los consiguientes perjuicios al usuario del servicio.

En segundo lugar, existe una incompatibilidad de roles en el sector, ya que Proinversión, que es el vendedor del proyecto, desea que el proyecto salga de todas maneras, sin importar en muchos casos el tema de la costo-eficiencia. Si bien es cierto que el Regulador opina sobre los contratos, su opinión ha quedado reducida a 3 temas (tarifas, acceso y calidad de servicio) y no es vinculante. Lo anterior abre la puerta para que se adjudiquen proyectos en los que no existe mucha información o en los que existe una fuerte presión política. Esta situación evidencia lo que ya hemos señalado líneas arriba, la falta de precisión normativa que no establece con claridad las atribuciones y competencias de los órganos técnicos y regulatorios y por otro lado la ausencia de coherencia sistémica en el manejo del tema, que debe ser tratado orgánicamente y sin contradicciones interinstitucionales.

En tercer lugar, en los últimos años se ha registrado reiteradas adendas a los contratos. Si bien es cierto que es conocido que los contratos son incompletos, las numerosas solicitudes de adendas son también consecuencia de la deficiente etapa de evaluación de los proyectos.

En cuarto lugar, un aspecto muy importante que se debe considerar es la revisión del marco legal de las APP de forma tal que se generen condiciones para la ejecución de otras modalidades, como los Contratos de Gerencia, los cuales tienen como característica fundamental, a diferencia del los Contratos de Concesión, el menor plazo del contrato y la participación del privado sujeta a desempeño, con lo cual el Estado tiene margen para evaluar la idoneidad de los operadores y a su vez proponer mejoras en los mismos, lo cual es un proceso mucho más complejo en los Contratos de Concesión que se otorgan por lo general a plazos entre 20 a 30 años.

Un último aspecto a tener en cuenta es que las APP se dan mucho en los sectores de servicios públicos e infraestructura y para su buen funcionamiento es necesario plantear un esquema que reúna los requisitos de calidad, rigurosidad técnica, rentabilidad, impacto social, además de altos niveles de ingeniería, manejo adecuado de

conflictos medioambientales, entre otros; todo ello adecuadamente tratado. Es importante también el sistema de distribución de riesgos de manera adecuada y equitativa.

4. ¿Cómo deberían las autoridades de competencia y los reguladores sectoriales trabajar con el fin de proteger la competencia, el interés del consumidor y el acceso universal?

Aquí hay 2 temas que creo debe ser tomados en consideración para el estudio y análisis del tema. El primero de ellos es el tema de la autonomía en todos sus aspectos. El Regulador, al ser un árbitro entre la empresa regulada y el usuario del servicio, debe tener total autonomía para decidir aquellas materias que pudieran eventualmente ser controvertidas. ¿Deben ser los Reguladores autónomos como el Banco central de Reserva, BCR? Esa es una pregunta bastante interesante de analizar. Otra pregunta que ronda es respecto a la forma en que los Reguladores se financian. Con el mecanismo actual, los Reguladores son propensos a lo que la literatura económica conoce como captura regulatoria. Con un financiamiento netamente del tesoro se abre la puerta a otro tipo de captura regulatoria, especialmente en un país con poca madurez política como el nuestro.

El segundo es un tema relacionado a la autonomía presupuestaria señalada anteriormente, y es que sin recursos el Regulador se encuentra atado de manos. En este caso, la supervisión se vuelve, desde el punto de vista de la empresa regulada, previsible y monótona. El incentivo es claro: como la empresa sabe que cada diciembre se le supervisa, eventualmente puede esconder para esa fecha la tierra bajo la alfombra y hacer más difícil el proceso de supervisión.

Es preciso considerar que el Perú aprobó recientemente el Código de Defensa del Consumidor, con lo cual se genera un mecanismo de protección de los intereses de los consumidores y que limita o restringe prácticas abusivas por parte de empresas hacia los mismos. Con ello se fomenta el marco actual de libre competencia en los mercados no regulados sin desproteger a los consumidores. Una sólida legislación que defiende el interés de los consumidores, no significa una afectación al desarrollo económico y comercial, sino que por el contrario es una forma de promover la competencia y la ampliación de los mercados.

En cuanto al rol de la agencia de competencia (INDECOPI) que en el Perú tiene a su cargo la función de protección y defensa del consumidor, es muy importante la cooperación entre la autoridad del consumidor y las autoridades sectoriales, toda vez que la autoridad del consumo se preocupa por quien compra, es decir el consumidor, mientras que la autoridad del sector se debe preocupar para que quien provee el servicio cumpla con las normas acerca de calidad, seguridad e idoneidad de los bienes y servicios (por ejemplo en transporte, en salud, en alimentos, en juguetes, en servicios

bancarios y financieros, etc), porque la primera responsabilidad social de un proveedor en el mercado es suministrar a los consumidores bienes y servicios de calidad. Esta relación es sin duda de capital importancia, es una nueva visión de las relaciones del Estado frente a los ciudadanos, es una forma de hacer sentir a las personas que el Estado se preocupa por su ciudadanía económica.

También a veces es conveniente que la autoridad de competencia sea independiente del sector. Es decir no fomentar que los reguladores tengan responsabilidad en competencia sino dejar ésta en manos de una autoridad de competencia independiente del sector.

Las dos autoridades, es decir la agencia de competencia y los organismos reguladores deben coordinar acciones, estrategias y políticas destinadas a promover la competencia económica, dentro de un marco de legalidad e institucionalidad donde se respete los derechos de los consumidores, que es a su vez un mandato constitucional.

Políticas de Competencia en el Perú

A finales de la década de los ochenta e inicios de los noventa, el Perú vivió un proceso de estabilización y de reformas estructurales, que incluyó un cambio en la política económica y una preocupación sobre un tema olvidado: mejorar los niveles de competitividad de las empresas para permitir su desarrollo eficiente, dentro de un mercado globalizado y altamente competitivo. Era la transición entre una economía como la nuestra -en donde era común la escasez de productos, los subsidios estatales, las especulaciones en la comercialización de productos ante la inminencia de la subida de los precios, las largas colas, etc. hacia una apertura económica cuyo norte era el bienestar de los consumidores, para ofrecerles más opciones de bienes y servicios, a mejor calidad, mejores condiciones y mejores precios.

El jurista español Hermenegildo Baylos⁴ afirma: *“para que pueda decirse que un mercado se desarrolla en un régimen de competencia, es necesario que se den en él, en mayor o menor medida, tres circunstancias que bien podríamos llamar sus elementos competitivos, a saber: la formación autónoma de precios, la libertad de elección de los consumidores y la imposibilidad de que las empresas concurrentes basen exclusivamente en decisiones propias su política industrial, comercial y de ventas”*. Dentro de este marco, fue necesario que en noviembre de 1992 se creara el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, para que actúe como un ente que garantice la salud del sistema económico de manera que las reglas básicas de la competencia sean respetadas.

⁴ Baylos Corroza, Hermengildo. Tratado de Derecho Industrial, Madrid, Editorial Civitas, 1993.

INDECOPI tiene bajo su ámbito de acción aspectos muy diversos aunque siempre unidos por el común denominador de la defensa del consumidor y la tutela del libre mercado. Uno de sus órganos funcionales es la Comisión de Libre Competencia, que cuenta con autonomía técnica y administrativa. Esta Comisión tiene como finalidad principal procurar la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva de tal manera que se logre el mayor beneficio para los usuarios y consumidores.

Pero esta finalidad no es un mero concepto: se persigue que sea una realidad concreta. Se busca que se den las condiciones que conduzcan a que el éxito empresarial esté en relación a la capacidad de las empresas de oír al consumidor y responder a sus demandas con eficiencia y competitividad. En el fondo la competitividad no es una decisión del gobierno, es un acto de fe del sector privado en el marco que dicho gobierno propone. Y la fe en el sistema es lo que persiguen las normas de libre competencia.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, se reafirmaron estos conceptos ya a nivel constitucional. El Artículo 61° dice: *“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios (...)”*. En otras palabras, el Estado debe establecer las normas, condiciones y procedimientos en los que la libre competencia pueda desarrollarse de la mejor manera. Al mismo tiempo, ejerce vigilancia para que las reglas funcionen y para que los actores del mercado se conformen a ellas. Esto supone que pueda forzar a cumplir las normas y que sancione las trasgresiones.

Uno de los principales problemas que tiene que superar la libre competencia es la existencia de posiciones dominantes o monopólicas. Aunque los economistas tienen una terminología mucho más desagregada, la Constitución habla en términos genéricos en esta materia. Así, las posiciones dominantes son aquellas que, sin tener el control absoluto de la oferta o demanda de un producto, copan una parte significativa del mercado. Las posiciones monopólicas son aquellas que controlan absolutamente la oferta o la demanda de un producto.

Una de las formas de distorsionar la libre competencia se da a través de la concentración de empresas, dentro de la cual tenemos el tema de las fusiones de empresas. El propósito de este ensayo es analizar si existe en nuestro país un adecuado marco legal que impida el establecimiento de monopolios u oligopolios mediante el acto societario de la fusión, si es necesario regularlo, qué entidad o entidades tendrían que participar en el control de las fusiones y si este control constituiría un excesivo intervencionismo del Estado en las reglas del mercado.

Otro de los cambios estructurales que se originaron en la década de los 90' fue el de las privatizaciones de las empresas públicas. El Estado dejó de ser el gran administrador de las empresas de servicios públicos, convirtiéndose en un regulador activo y expectante

de estas actividades que pasaron a ser manejadas por inversiones privadas, quedando atrás la ineficiencia, la burocracia y los intereses políticos.

Uno de los sectores que se enmarcó dentro de esta reforma fue la industria de energía eléctrica, tanto en lo que respecta a su estructura de propiedad como a su estructura de mercado al mismo tiempo que se redefinía el nuevo marco regulatorio del sector.

En 1992 se promulgó el Decreto Ley N° 25884, Ley de Concesiones Eléctricas. Esta ley trajo como innovación la separación de la actividad eléctrica en tres segmentos: la generación, la transmisión y la distribución, actividades que podían ser desarrolladas por la iniciativa privada.

Precisamente el Artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas establecía un antecedente importante en cuanto al tema de la regulación de fusiones. Decía: *“Las actividades de generación, de transmisión perteneciente al Sistema Principal y de distribución de energía eléctrica no podrán efectuarse simultáneamente por un mismo titular, salvo en los casos previstos en la presente Ley.”*⁵

Con la promulgación de la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, se desarrolló ampliamente este tema. El Artículo 1° de esta ley establece: *“Las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de previa autorización de acuerdo a los términos establecidos en la presente Ley, con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados.”*

Esta Ley puso en vigencia importantes precisiones en el tema, como por ejemplo definir que actos se consideran “concentración”, y es aquí que tenemos a la fusión, la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiere el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de asociación –joint venture-, asociación en participación o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar. Asimismo, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector, o cualquier otro acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos.

⁵ Modificado por el Artículo 13° de la Ley 26876.- *“Las actividades de generación y/o de transmisión pertenecientes al Sistema Principal y/o de distribución de energía eléctrica, no podrán efectuarse por un mismo titular o por quien ejerza directa o indirectamente el control de éste, salvo lo dispuesto en la presente Ley.”*

La Ley dispone que antes de realizar estos actos de concentración en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía, deberá solicitarse la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, sin cuya aprobación no podrá realizarse, ni tendrán efecto legal alguno. Por cierto la norma establece ciertas condiciones para hacer exigible esta autorización previa, como que las empresas posean un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en los actos de concentración horizontal, o en su caso, igual o mayor al 5% de cualquiera de los mercados involucrados en los actos de concentración vertical.

Otro antecedente normativo importante, siempre en el sector eléctrico, es el Decreto Supremo N° 27-95-ITINCI del 19 de octubre de 1995, que regula la existencia de infracción a la norma del Artículo 3° del Decreto Legislativo 701 cuando, en un mismo Sistema Interconectado, una empresa titular de una concesión o autorización de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica, cuya posición sea dominante en el mercado, o una o más personas que ejercen el control de dichas empresas realicen cualquiera de los siguientes actos:

- Adquieran el control sobre la totalidad o parte de otra empresa dedicada a dichas actividades del sector eléctrico.
- Se fusionan con otra empresa dedicada a las actividades de energía eléctrica, bajo cualquiera de las modalidades establecidas en el Artículo 354° de la L.G.S., o
- Se asocien con otra empresa dedicadas a esas actividades, bajo cualquiera de las modalidades establecidas en los Artículos 398° y 406° de la L.G.S.⁶

Esta norma también le delega a la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI la tarea de velar por el cumplimiento de estas prohibiciones

Finalmente, citamos el Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI, que es el Reglamento de la Ley que establece el control de concentraciones empresariales en el sector eléctrico. Esta norma regula todo el procedimiento que tienen que seguir las empresas del sector eléctrico que pretendan adoptar la decisión de concentrarse y las sanciones a las que se sujetan en caso de incumplimiento.

Como vemos, el sector eléctrico ha tenido una amplia regulación en el tema, para evitar que el libre albedrío de las empresas al adoptar sus decisiones societarias perjudiquen o distorsionen al mercado y a la libre competencia. En mi opinión, estos antecedentes normativos deben sentar las bases para una necesaria regulación de las concentraciones de empresas, y en especial de las fusiones.

⁶ La norma se remitía al articulado de la anterior L.G.S., en donde el Art. 354 establecía las formas de fusión (por absorción o por constitución); el Art. 398° se refería a la asociación en participación y el Art. 406° a los contratos sin participación en pérdidas y sin aportes.

La Defensa de la Competencia como instrumento de Acción del Estado

Partamos de una premisa: nuestro país no tiene un sistema de control de fusiones. Como ya hemos visto, salvo en la industria de la energía eléctrica, no existen normas que regulen de manera previa, los requisitos, autorizaciones y condiciones a las que se deben sujetar las empresas que adoptan la decisión societaria de fusionarse.

Por supuesto que una medida de esta naturaleza traería como consecuencia un eventual rechazo del sector empresarial, ya sea de manera colectiva a través de sus organizaciones tales como la CONFIEP, la Sociedad Nacional de Industria, las Cámaras de Comercio, etc. como de manera sectorial, tal es el caso de las avícolas, las mineras, textiles, pesqueras, agroindustriales, etc. Probablemente se hable en los medios de comunicación (escrita, radial, televisiva) de un intervencionismo estatal excesivo, de restricciones a la libertad de contratación, de medidas populistas e inconstitucionales y otras tantas que sería difícil de enumerar. Es obvio que los empresarios velan por sus inversiones y sus intereses económicos, pero no nos olvidemos que es el consumidor el fin último, quizás el único, de toda economía social de mercado. Es al consumidor a quien debemos proteger ya que es la parte más débil del sistema, aplicando el [aforismo](#) jurídico: trato desigual para los desiguales.

Muchas empresas basan sus metas y objetivos en ganar la mayor cantidad de utilidades en un menor tiempo. Aquellas que tienen una posición de dominio en el mercado ejercerán las presiones que sean necesarias para lograr la menor cantidad de pasivos, dentro de lo cual se encuentran los sobre costos laborales, los tributos, los trámites administrativos y judiciales, los costos de transacción, entre otros.

En vista de ello, considero que este tema debe ser visto no como una medida populista que se le ocurre a un burócrata en ciernes o a un político que quiere aumentar su aceptación en las encuestas, sino desde la luz de la experiencia vivida en los países europeos y en Norteamérica, en donde el tema del control de las fusiones ya tiene varias décadas de aplicación.

El autor español Luis Cases Pallares⁷, nos dice que la defensa de la competencia constituye actualmente, en la Comunidad Económica Europea, una forma de acción fundamental de la Administración en el mercado, para controlar, supervisar y dirigir los comportamientos de las empresas en el mercado para mantener un régimen de competencia adecuado.

La defensa de la competencia, el llamado derecho antitrust en EE.UU, es una forma de intervención del Estado en el mercado, diseñada para mantener una competencia adecuada. Por ello, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha indicado que el sistema del derecho antitrust se fundamenta en que: “*la interacción no restringida de las fuerzas*

⁷ Casas Pallares, Lluís. Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia, Escola de Administració Pública de Catalunya, Madrid, Ediciones Jurídicas Marcial Pons, 1995

*competitivas comportará una mejor asignación de nuestros recursos económicos, precios más bajos, mayor calidad y mayor progreso material...”*⁸.

Las leyes antitrust en los Estados Unidos se remontan a varios siglos de antigüedad. Ya la Constitución del Estado de Maryland de 1776 indicaba que: *“los monopolios son indeseables, contrarios al espíritu del libre gobierno y los principios del comercio y no deberían ser tolerados”*.

Sin embargo la evolución del sistema económico norteamericano, especialmente a partir de la guerra civil, hizo necesaria una normativa dirigida concretamente a evitar las concentraciones de poder económico que causan perjuicios a los ciudadanos. La expansión del mercado y las trascendentales innovaciones tecnológicas permitieron incrementar las ganancias de las empresas, al mismo tiempo que creaban problemas derivados de una intensificación de la competencia entre ellas. Las empresas buscaron entonces medios de protección para reducir la competencia a través de varias fórmulas. Se produjo una aceleración de la concentración del poder económico, que reemplazó al anterior sistema descentralizado, en perjuicio de pequeñas empresas.

Estas nuevas grandes empresas, que concentran una parte importante del poder económico, no se percibían por el público en general como interesadas en la competencia, en la eficiencia o en la protección de los consumidores, sino en la acumulación de riqueza y poder. Las empresas que teóricamente debían competir entre ellas intentaban, mediante trust, acuerdos que permanecían secretos y monopolios, proteger su propio status económico a través del mantenimiento de precios y otros aspectos del entorno de la competencia.

Aparece entonces la demanda de una legislación cuyo objetivo sea la lucha contra estos acuerdos o situaciones de concentración de poder que sirven a unos, a su acumulación de riqueza y de mayor poder, en contra de los ciudadanos, especialmente a partir de 1880.

Posteriormente, esta preocupación originó la adopción en 1890 de una normativa federal contra las combinaciones para restringir la competencia en el mercado y contra las situaciones monopolísticas, la llamada Sherman Act. Como ha dicho Joaquín Garrigues⁹, esta legislación refleja *“una lucha paradójica contra la libertad, en favor de la libertad”*. Esta ley aparece muy vinculada a la creencia postulada por Thomas

⁸ Northern Pacific Railway Co. Vs United Status. 356 US 1,4 (1958), citado por Casas Pallares, Op. Cit. p.36

⁹ Garrigues, Joaquín. La Defensa de la Competencia Mercantil, Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964

Jefferson de que los monopolios son incompatibles con la tradición democrática de los EE.UU.

Es preciso destacar la consideración que merece esta normativa por parte de la Corte Suprema americana: “*El Derecho antitrust en general, y la Sherman Act en concreto, son la Carta Magna de la libre empresa. Son tan importantes para la preservación de la libertad económica y para nuestro sistema de libre empresa como es la Bill Of Rights para la protección de nuestras libertades personales fundamentales*”¹⁰.

Cabe señalar que para los americanos es importante disponer de mecanismos que eviten la concentración de poder económico, pues éste no debe residir en una persona o grupo de personas y para ello se estructuró la legislación antitrust federal, en concordancia con el sistema político de la Constitución federal americana, caracterizada por la difusión del poder mediante constantes equilibrios y contra-equilibrios expresados en los conocidos *check and balances*, como formula fundamental para la preservación de los derechos de los ciudadanos.

En este sentido en el debate sobre la ratificación de la Constitución Federal, Thomas Jefferson propuso que se incluyera en la *Bill of Rights* una prohibición de los monopolios legales y James Madison respondió a esta propuesta con unas consideraciones que expresan claramente como la concentración del poder económico, es claramente contraria al sistema político americano. Así, expresó: “*los monopolios son sacrificios de muchos para unos pocos. Donde el poder está en estos pocos, es natural para ellos sacrificar a muchos con sus propias parcialidades y corrupciones...*”¹¹

La *Sherman Act* fue una respuesta no al deseo de la industria de obtener protección federal de las incertidumbres de la competencia, sino mas bien una respuesta al sentimiento popular de que las grandes organizaciones corporativas estaban ganando demasiado poder sobre la vida de los ciudadanos, por ello se sancionó dicha norma

El propio Senador Sherman, en las encendidas discusiones parlamentarias expresó : “*...que era necesario adoptar normas para controlar la concentración de poder como una forma de preservar los derechos ciudadanos que veían peligrar sus prerrogativas en manos de grandes concentraciones que pueden dominarlo y dirigirlo hacia sus*

¹⁰ S. Weaver, Antitrust División of the Department of Justice.Citado por Casas Pallares, p. 44

¹¹ Carta de James Madison a Thomas Jefferson, 17 de octubre de 1788, reeditada en The Founders Constitution, P. Kurland& R. lerner, 1987, p.478, citado por W.H.Page, Interest Groups, Antitrust and State Regulation: Parker v. Brown in the Economy Theory of Legislation, Op cot p. 654. Tomado de Casas pallares Op Cit, p.41

propios intereses y es en este contexto donde encuentran razón de ser las disposiciones federales que impiden los acuerdos restrictivos y las demás situaciones monopolísticas de empresas que pretenden dominar el mercado y establecer prácticas desleales de comercio...”

En el famoso discurso del senador Sherman se lee: “ ... Si los poderes de una combinación son encomendados a un solo hombre, esto es una prerrogativa real, inconsistente con nuestra forma de gobierno, y de deberían ser sujetos a la firme oposición del estado y de las autoridades nacionales.... Si no toleramos a un rey como poder político, no deberíamos tolerar a un rey de la producción, transporte y venta de los que necesitamos para vivir. Si no nos sometemos a un emperador, no nos deberíamos someter a un autócrata del comercio, con poder para impedir la competencia y fijar los precios de cualquier bien o producto... Estas asociaciones ya desafían o controlan poderosas empresas de transporte y alcanzan a las autoridades estatales, nos alcanzan con sus garras hasta cualquier parte de nuestro país..... El Congreso puede manejarlas, y si no tenemos la voluntad o somos incapaces, pronto habrá un monopolio para cada producto y un señor que fijará el precio de cada producto necesario para la vida...”¹²

La Corte Suprema americana ha establecido que la Sherman Act fue diseñada para ser un código comprensivo de la libertad económica como regla del comercio, con la finalidad de preservar la competencia libre y no obstaculizarla y servirá para la mejor utilización de los recursos económicos, para favorecer el progreso y para potenciar una situación conducente a la preservación de nuestras instituciones políticas, sociales y democráticas

Por otra parte, el sistema de defensa de la competencia en Europa, tiene sus peculiaridades. En efecto, El derecho comunitario de la competencia básico se encuentra recogido en los artículos 85 a 94 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. En ellos se establecen normas aplicables a las empresas, normas relativas a las prácticas antidumping y normas acerca de las ayudas otorgadas por los Estados miembros.

El Derecho Antitrust de los Estados Unidos ha tenido una notable influencia en el derecho comunitario de la competencia, tan es así que la historia da cuenta que las reglas de la competencia introdujeron en Europa la filosofía antitrust americana y que los artículos 65 y 66 del tratado de la CECA habrían sido redactados por un estudio de

¹² 123 Cong. Rec. 2,457 (1890), citado por W.B. Comegys, Antitrust Compliance Manual. A Guide for Counsel Management and Public Officials, Op Cit 5-6. En Casas Pallares, Op Cit p.45

abogados de Washington con sede en París¹³. El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 se ha de inscribir en una oleada de legislaciones que son adoptadas en los Estados europeos después de la Segunda Guerra Mundial con el objetivo de proteger a la libre competencia en el mercado. Esta oleada refleja un estado de opinión que se debe, en parte, a los EE.UU. por su influencia en todos los órdenes sobre los países de la Europa occidental desde 1945. En ese momento se rechazan las políticas económicas dirigistas propias del período entre guerras y se contempla al proceso competitivo como el tipo preferido de conducta económica.

La influencia que tuvo EE.UU. en el proceso de reconstrucción de los Estados europeos tras la Segunda Guerra mundial se evidencia en la estructura de su derecho de la competencia. Garrigues afirma, de forma ilustrativa, que *“he aquí que los principios americanos de la legislación antitrust penetran en Europa en la mochila de los soldados de los ejércitos de ocupación de Alemania”*¹⁴.

No obstante, en el año 2003 se dio cuenta en Europa de una investigación realizada por el Dr. Julio Pascual y Vicente , vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia de España en ese entonces; quien descubrió que antes de la Sherman Act de 1890, existieron en el Reino de Castilla y León, otras normas antitrust que prohibían y sancionaban las conductas colusorias anticompetitivas. Estas normas, que se remontan al siglo XIV y que estuvieron vigentes en España hasta mediados del siglo XIX , eran la *Suma de Tratos y Contratos* de Fray Tomas de Mercado, de 1571, y la Guía de Alcaldes y Ayuntamientos de Jorge Torres, de 1847. Este constituiría uno de los hitos más antiguos en la legislación de la materia¹⁵.

La necesidad ineludible de de reconstruir las naciones devastadas por la segunda guerra mundial en Europa, no podía seguir siendo afrontada con los esquemas legales anteriores, y con estilos económicos anticompetitivos, cartelizados y restrictivos de la competencia. Ello, sumado al impulso americano a través del famoso *Plan Marshall*, motivó que los Estados europeos dejen de lado su mentalidad de cartel e incorporen normas protectoras de la competencia en las legislaciones nacionales y las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

En efecto, en la totalidad de los Estados miembros de la Comunidad Europea se produce una coexistencia de normas protectoras de la competencia. Por un lado, el derecho comunitario. Por otro, el ordenamiento interno de los Estados miembros. Se trata de

¹³ Del Mármol. La Protection contre les abus de puissance economique en Droit Belge, Loège, 1960, p.56, citado en A. Bouthelier, Ordenaciones Legales Antimonopolio, RPS Nums. 57-58 p.29. Tomado de Casa Pallares, Op. Cit p.58

¹⁴ Garrigues Joaquin. La Defensa de la Competencia Mercantil, Op Cit, p. 24

¹⁵ Véase la Separata de la Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, número 225 , mayo-junio 2003, p.113-115

legislaciones que son entre sí autónomas en el sentido de que cada una tiene su propio campo de aplicación delimitado técnicamente a través de los elementos constitutivos de los distintos supuestos normativos previstos en los preceptos que protegen la libre competencia. El derecho comunitario se aplicará cuando, en concurrencia con otros aspectos, la conducta afecte al comercio entre los Estados miembros. En el sistema europeo esta coexistencia es posible por cuanto la presencia de normas comunitarias no supone la erradicación de la facultad soberana (de los Estados miembros) para regular legalmente, en el marco específico de su jurisdicción territorial, el funcionamiento de la competencia económica en el mercado interno o nacional, ni la supremacía normativa del derecho europeo de la competencia, conlleva un efecto derogatorio o en todo caso excluyente de las legislaciones nacionales en materia de competencia.

Actualmente, la política de competencia moderna, en casi todos los países que tienen legislación sobre la materia, se articula hoy a lo largo de tres ejes: represión, prevención y fomento. En efecto, la política represiva está referida al llamado control de conductas por el cual se sanciona las conductas anticompetitivas incompatibles con el mercado. La política preventiva, se instrumenta a través del llamado control de estructuras, es decir la facultad de los poderes públicos de examinar los proyectos de fusiones y adquisiciones de empresas. La política de fomento de la competencia, se propicia desde los poderes públicos, mediante la combinación de instrumentos de desregulación, liberalización y privatización, entre otras políticas de apertura de mercados y promoción de la competencia¹⁶

El control de fusiones en el Perú

Luego de haber realizado una reseña sobre las legislaciones antitrust norteamericana y en la Unión Europea, podemos darnos cuenta que existe la necesidad inmediata de regular el control de fusiones en el Perú. Actualmente existen empresas con una marcada posición de dominio en el mercado que en un abrir y cerrar de ojos pasan de ser encarnizados competidores, a formar un solo poder económico como consecuencia de un proceso de fusión, formándose monopolios u oligopolios en el mejor de los casos.

Hemos sido testigos de innumerables procesos de fusión en donde por falta de una regulación adecuada que estudie el impacto que tendrá este acto societario, se termina, por un lado, distorsionando al mercado, y por el otro, perjudicando a centenares de familias con reducciones de personal y ceses colectivos. Finalmente, el

¹⁶ Pascual y Vicente, Julio. . La Nueva Política Comunitaria Europea de Control de Conductas y su Repercusión en España. Separata de Anuario de la Competencia, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2003

mercado se sostiene por la oferta y la demanda, y ésta a su vez, se sostiene por el consumo, y para que exista consumo es indispensable que exista trabajo.

Considero que INDECOPI, con la experiencia que ha ganado a lo largo de este último decenio en el campo del sector eléctrico, se encuentra en la capacidad de proponer una regulación justa y eficaz para este tema. Obviamente se trata de proponer un proyecto coherente y razonable que no trastoque las reglas del mercado

Para ello, basta con mirar a los países más desarrollados y que han sido citados en el presente ensayo. Es indudable que este tema ha sido estudiado y debatido ampliamente a nivel continental en Europa y a lo largo de su consolidación económica en Norteamérica.

Como ya hemos expuesto en la parte introductoria, el tema del control de fusiones es debatible y como tal, va a tener serios opositores, sobre todo desde el lado de los empresarios e inclusive académicos conservadores. Por eso para su regulación, será necesario un estudio netamente técnico (que lo puede realizar el propio INDECOPI) sobre los mecanismos que se pueden utilizar para elaborar un proyecto coherente y razonable, sin trámites engorrosos, ni onerosos, pero salvaguardando las condiciones esenciales con el que debe contar el mercado para su óptimo funcionamiento, sin distorsiones de ningún tipo.

Finalmente, cabe señalar que el desarrollo del mercado interior y su integración en los procesos de negociación multilateral, provocaran importantes reestructuraciones de las empresas, particularmente a través de operaciones de concentración económica entre las cuales la fusión es una de las más comunes, por ello es necesario valorar estos procesos en principio de forma positiva en la medida que responden a las exigencias de una competencia dinámica y pueden aumentar la competitividad y mejorar las posibilidades de crecimiento interno. No obstante debemos cuidar que las concentraciones económicas no causen un perjuicio duradero a la competencia, de manera que la nueva legislación sobre la materia debe ser el instrumento jurídico específico que garantice el control efectivo sobre las prácticas que afecten la estructura de la competencia en el país. Por lo tanto la legislación de la materia debe contener disposiciones que regulen las concentraciones que puedan eventualmente obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado peruano o en una parte sustancial de éste.

El funcionamiento competitivo de los mercados requiere una adecuada legislación de competencia para que haya eficiencia económica, sin restricciones de ningún tipo, debemos aceptar que el *laissez faire* no es actualmente una receta suficiente y válida en el contexto económico actual y hoy es necesario una mayor vigilancia de los poderes

públicos con el fin de que las fuerzas del mercado se desarrollen eficiente y eficazmente y para que encuentren espacios suficientes para crecer en condiciones de igualdad y de auténticas condiciones de competencia efectiva, con un cuadro normativo, adecuado y propio del mercado en que operan los agentes económicos.

Es falso que el mercado se cuide a sí mismo como expresan algunos autores. O el Estado se ocupa del mercado, cuidando que exista y de que se perpetúe o las propias fuerzas del mercado acabarán pronto con él.¹⁷ Por consiguiente el mundo de hoy y en especial el mercado actual lleno de presiones crecientes y extendidas reclama la inclusión de valores sociales y políticos en el Derecho de la Competencia, aceptando que la eficiencia es uno de los objetivos de este Derecho, pero no el único, y en este contexto el asunto no es mantener un enfrentamiento entre la eficiencia económica y otros valores sociales, sino que por el contrario, la cuestión es establecer un adecuado equilibrio para establecer una política de competencia coherente y eficaz, que promueva el desarrollo, la competitividad, respetando los derechos de los consumidores.

El tema es por demás polémico y que requerirá necesariamente de voluntad política para regularlo. Pero vale la pena intentarlo por un mercado libre de obstáculos, distorsiones y limitaciones, y sobre todo, por el bienestar del soberano del mercado: el consumidor.

En conclusión, sobre el funcionamiento de las agencias de competencia como el Indecopi y los órganos reguladores, lo importante es su fortalecimiento institucional y la provisión de adecuadas políticas regulatorias, a fin de promover el crecimiento del mercado en condiciones de competitividad, creando confianza en los consumidores y agentes económicos, sobre la base de la capacidad institucional, la idoneidad de su funcionamiento, la rectitud y profesionalismo de sus autoridades regulatorias y de competencia, además de contar con un marco normativo suficiente, preciso y coherente, sobre todo en el actual contexto político, social y económico que es poco propicio para el desarrollo del Derecho y la persecución de sus fines humanistas y solidarios

Lima, 10 de febrero de 2012

¹⁷ Soriano García, J.E. . La Defensa de la Competencia en España: Una exposición de sus fundamentos políticos, La Ley, número 249, Buenos Aires, 1992